



TITLE:

清代中國の刑事裁判における成案 の法源性

AUTHOR(S):

小口, 彦太

CITATION:

小口, 彦太. 清代中國の刑事裁判における成案の法源性. 東洋史研究
1986, 45(2): 267-289

ISSUE DATE:

1986-09-30

URL:

<https://doi.org/10.14989/154150>

RIGHT:

清代中國の刑事裁判における成案の法源性

小 口 彦 太

一

本稿は清代の刑事裁判における成案の法源性の問題を刑案滙覽に據りながら論じようとしたものである。法源とは何かという問いはそれ自體法律學上の一箇の問題をなすが、ここではとりあえず、具體的裁判にさいして裁判官が準據すべきことを要求される準則として理解しておきたい。そして周知のように、帝制中國においては裁判の擔當者は常に國家の成文法規に準據して判決あるいは判決原案（原擬）を作成することが要求された。この成文法規の内容は時代により異なるが、常に基本法典と補充法の二重の構造をとり、清代の刑事裁判に即していえば、律と條例、あるいは事案の性質によっては吏部處分則例のような特別法がその準據法をなした。

ところで、罪刑法定主義を遵守することが厳しく要求される近・現代の刑事裁判においても、抽象的な成文法の規定、犯罪定型の意味内容を具體的に固め、法的安定性を確保していくうえで實際には判例が重要な役割を果たしているといわれている⁽¹⁾。ある法規の枠組に當該案件が包攝されるかどうかを決定するにさいしてそれまでの判例が具體的な基準を提供するわけで、その限りにおいて判例もまた一箇の重要な法源をなすといつてさしつかえない。これに對して、律や條例などの成文法規に準據することが要求された清代刑事裁判の場合はどうであつたか。しばしば指摘されるように、中國法は

犯罪の構成要件が細目化し特定化され、そのため各法文の包攝しうる範圍がきわめて限定されていた。そしてこうした法文の構造が裁判においてしばしばいわゆる「治罪の専條無き」事態を生み出した。また、中國法は各犯罪定型に量刑の幅というものが全く無く、「治罪の専條」がある限りその條の豫定する特定の刑罰が自動的に科されることになっていた。

このことは裁判擔當者の恣意的な科刑を抑制する意味をもったが、他面當該案件にみられる情狀と適用條文の定むる量刑との間でいわゆる「情重く刑輕し」、「情輕く刑重し」といった情と刑の不均衡な事態を生み出すことになった。このような事態に對處するため中國でも従前の判決例が参照された。「案」とか「成案」と呼ばれるものがそれである。

この成案は本來は一回限りの「單純ナル裁決」にとどまり、「各部又ハ各省ニ於ケル裁決又ハ裁判ニシテ其永續慣行スヘキモノ」に⁽³⁾いまだ「至ラサルモノ」であつた。しかし、D・ボツデ、C・モリス兩人のように、成案は單なる一回き

りの判決例にとどまらず、右に述べた治罪の専條無き事案や情と刑との均衡を失する事案に對して下された判決例として「指導的な判例」⁽⁴⁾leading case の位置を占め、このことの故に先例 precedent として重要な役割を果たしたと説く論者もいる。はたして成文法主義をとる中國において成案に先例拘束力のような力を認めることができるかどうか、結論を留保しておきたいが、判決作成の過程においてしばしば成案が援引参照されていることは紛れもない事實である。

筆者はかつて刑案滙覽を材料にして清代の裁判における成案の役割をその現實的機能の面から考察したことがあるが、そこで言い残した問題として「成案の法源的效力そのものの問題について別箇考察してみる必要がある。本稿ではあえて捨象したが、成案の援引が却けられているケースもしばしば……見出されるのであり、いかなる理由でそれが却けられているのか、別の機會に考えてみたい。」と述べておいた。⁽⁵⁾本稿はこの課題を果たそうとするものである。

なお本稿ではもっぱら狹義の刑案滙覽（祝慶祺・鮑書藝編、全六〇卷）のみを材料とし、したがって以下での議論や結論はかなり限定されたものであることを豫め斷っておきたい。

二

成案に對する國家の公式的な位置づけはいうまでもなく、刑律斷獄、斷罪引律令條の條例（乾隆五年纂入）にある

正律正例を除くの外、凡そ成案に屬して未だ通行を経て著して定例と爲さざれば、一槩に嚴禁す。混行牽引して罪に出入有るを致すを得る毋かれ。

という規定であり、この規定による限り成案の法源性は否定されていた。「部院衙門は政事總匯の區にして、紀綱を慎守し、必ず定例を以て憑よびとと爲す。（しかるに）其吏胥其手を高下し、堂（官）司（官）意見の參差するは、總て例を舍きて案を言うに由る」⁽⁶⁾との嘉慶帝の諭旨中の一節や、「成案駁案、律例と相表裏を爲すと雖も、然るに未だ通行を経ざるの案有り。引用を准さず」⁽⁷⁾との言などはいずれもこの條例の趣旨に沿った成案のとりえ方であるといつてよい。しかしこの條例は成案の援引を完全に排除していたわけではなく、次のような例外的措置が認められていた。すなわち、

如し督撫案件を辦理し、果たして舊案と相合し、援して例と爲す可き者有らば、本内に於いて聲明して、刑部詳かに査核を加え、著して定例と爲さんことの請を附するを許す。

との同條後段の規定がそれであり、舊案が定例として認められることを條件としてそれを援用することが認められていた。例えば刑案滙覽所收の「安撫題するところの、蔣凡、盧輿太を毆り死し、並びに盧秀、蔣恆を扎死せし一案」⁽⁸⁾において、「林宣の舊案、未だ（通行を）經て著して定例と爲さずと雖も、但だ此案兩家各一命を斃す。實に林宣の舊案と相合す」として、この舊案が通行、さらに條例化された事例などがこの條後段の具體的な適用例の一つである。しかしこの條はあくまでも定例化されることを條件としてのみ成案の援引が認められたにすぎないのであって成案一般の法源性にただちにつながるものではなかった。この成案援引の條件が緩和されるのは乾隆八年の奏准においてである（後述）。

さて右の條例を素直に讀むかぎりでは、成案の援引を禁ずるのが原則であつて、例外的にのみそれが許されたと解すべ

きである。しかし刑事判決例集の類いに寄せられた序文等を見るかぎり、——その書の性格上當然のことであるが——判決作成のさいの準則として成案を積極的に位置づけていこうとする傾向がつよい。「本朝天下を有し……律より外、頒ちて奉行する者に則例循う可き有り。行いて未だ頒たざる者に成案据る可き有り」とか、「我朝定鼎以後、律文畫一、……律具わざれば之を例に求め、例足らざれば之を按に求む。……山陰張我山先生……晚年遂に輯めて書を爲し、例をして必ず律の條に附し、按は必ず例の闕を補わしむ乎」、「案を得ること二千餘、……洵に衡情の鈞石おもりにして量法の繩尺なり。夫れ法は情に本ずかん乎、情に定まり無く而るに法は不變なり。不變の法を以て無定の情を平かにするには、往跡を參觀するに非ざれば迷謬せざる罔し」、⁽¹¹⁾「律一たび成りて易わらず。例は時に因りて以て宜を制す。獄の道、斯の二者に盡ざる而已。⁽¹²⁾（しかるに）情偽に至りては百變、三尺の能く諉くする所に非ざれば、則ち上比下比し中比に協う。歷年の舊案、亦用刑の圭臬もはんなり。顧みて成案を援引す」、「律は歷久不變の者なり。例は時に因りて宜を制する者なり。例に未だ盡くさず、及び情罪の未だ協わざる者は、則ち必ず之を案に於て稽べ、前事を後事の師と爲すなり」、⁽¹³⁾「律例の盡く載する能わざる者有らば、則ち必ず博く成案を稽べ、此を援して彼を證し、以て信讞を成す」といった諸々の言がそのことをよく示している。法實務の世界において成案＝判例はなくてはならないものであったろう。

そこで次に、この成案の法源性の問題を刑案滙覽所收の事例に即して検討してみることにはしたい。成案の法源性を積極的に否認するような事例が果たして存在するのだろうかということが、その主要な關心である。

三

狹義の刑案滙覽に收められている四〇〇一件（巻首の敕款章程および巻末の刑部事宜は除く）のうち、判決・原擬作成の過程で従前の成案が援引されているケースは——多少の見落し・見誤りがあるかもしれないが——四六五件で、これを多にとみるか少ないとみるか、評價の分かれるところであらう。因みにその参照が皇帝や刑部堂官によって求められたにもか

かわらず検査の結果當該案件に關する成案の存しなかったケースは五八件程ある。もともとこれら成案援引の件数の正確な數字は期し難い。何故なら、援引のケースの大部分は刑部律例館あるいは清吏司の意見書である説帖類において見ることのできるものであるが、この説帖は刑案滙覽に收めるにあたつてかなり省略されており、同書からは窺えない原資料においては成案が援引されていたケースも十分あり得る。他面、字面のうへでは成案という用語が出てきても、その實、それが通行や條例など、正規の法源であつたりする場合もある⁽¹⁵⁾。したがつてその正確な數を云々することは不可能であり、またそのこと自體に意味のあるわけでもない。ただ、どのような種類の條文において成案援引の頻度が相對的に高いかを、刑案滙覽に二〇例以上事例が收められている條文に限つてみてみると次のようになる。

- (1) 禁止師巫邪術條、二一例中八件(三八・一%)、(2) 犯罪自首條、二四例中八件(三三・三%)、(3) 毆期親尊長條、八八例中二二件(二五%)、(4) 犯罪存留養親條、九三例中二三件(二四・七%)、(5) 老小廢疾收贖條、二九例中七件(二四・一%)、以下(6) 放火故燒人房屋條、(7) 父祖被毆條、(8) 戲殺誤殺過失殺傷人條、(9) 謀殺祖父母父母條、(10) 夜無故入人家條の順。

何故このような犯罪類型について成案援引率が相對的にみて高いのか、またこうした傾向は他の刑事判決例集においても同様なのか、別箇に検討してみなければならないが、前者の點についていえば、治安政策的配慮が働きやすい禁止師巫邪術條や、科刑上の裁量的考慮が働きやすい犯罪自首や犯罪存留養親、老小廢疾收贖の各條について成案の援引率の高いということは、これらの裁量的判斷を従前の成案によって固め、より確かなものにしようとの志向が存したのかもしれない。

そこで次に本題に直接かわつてくる成案の援引が却けられたケースについてみよう。同書所載の案件四〇〇一件中、成案の援引が拒否された件数は四六件あり、このうち實體的判斷にもとづいて成案の適用が却けられたケースは一二件である。ここで實體的という意味は、主に、援引された成案が本件と犯罪の態様や状況において異なることを理由として却

けられた場合のことをさしており、文中「今該撫、該省四十七年黃學先……の成案を援引して聲請し、仍お原擬の照りに部に咨る。査するに黃學先……（本件の）史大朋……と廻に相符さず」、⁽¹⁷⁾「該撫所引の該省安慶元等の各案に至りては、査するに安慶元・馬作仁の二案、……此の案と情節符さず」、⁽¹⁸⁾「本部査するに、該省所引の趙世環・趙孝彰の二案、……此の案の戴應成……と情節に稍か區別有り」、⁽¹⁹⁾「該省所引の乾隆十三年部駁せし河南省陳尙志……の一案、……（本件の）王椿の案と情節不同」と⁽²⁰⁾といった表現で示されるものである。⁽²¹⁾ただこの最後の王椿の事案（道光六年）において援引されているのは乾隆一三年の案で、その間「事七十餘年を隔て、検査に憑る無し」とされ、むしろ後述の遠年の成案を理由として却けられたケースに入れるべきかもしれない。

以上の諸例に對して、卷一八、盜馬牛畜産條に收められている「北撫咨るところの、張三兒等牛隻を行竊し、並びに雷順、贓牛を故買し宰殺せし一案」（嘉慶一六年通行）は、湖北巡撫が原擬駁回の後もなお成案（嘉慶一三年黎亨獻・郭爲成の二案）を援引し、故買者雷順を盜牛宰殺の例によって充軍に處すべきことを主張し、それに對して刑部は、本犯はそれでは自行盜牛宰殺と區別するところがなく、むしろ「竊盜罪と一體治罪」すべきであるが、それではやや刑が輕きに過ぎる（枷號三十五日・杖九十）故、私宰耕牛初犯例に比依（枷號二箇月・杖二百）すべきと判斷し、本件に對して右の黎・郭の成案を援引することは「舛錯に屬する」としてそれを却けたケースである。⁽²²⁾ここでは巡撫と刑部とで適用條文をめぐる對立し、刑部が相手方の適用條文を却けることの環として成案も却けられ、先の諸例の場合とはややニュアンスを異にしている。あるいは、後述の、現行の定例と合致しないとの（刑部の有權解釋的立場よりする）理由によって却けられているケースに近いかもしいない（ただ以下のような特定の要件を理由として成案の援引が却けられているわけではないので一應ここに掲げておく）。

これに對して以下の三四例は成案であることを理由としてその援引が却けられたケースであり、成案の法源性に直接関わってくるものである。

刑案滙覽卷一四、強盜條に「雲撫題するところの、賊犯黃老九、糾めて王劉氏の家の銀物を竊み、敖文祥、時に臨みて強を行うの一案」(嘉慶七年説帖)というのが收められている。⁽²³⁾ 本件は、敖文祥らを随同て王劉氏の家に入室するも、賊を捜し求めることをしなかった黃老九に對して、尋常の盜劫案として斬立決に處すべきか否かが争點となつた事案で、巡撫は、黃が随同入室するも、並ら手を動かさず、賊を捜し求めるという行爲に出ていない以上、盜劫の助勢の狀は認め難いとして、情に照らして原す可き點があることを原擬として提出した。そして刑部によつて駁回されて後もお乾隆二年の「浙江省の俞五、燈を攜えて照亮し、情原す可き有るとして辦理せし成案」(科刑は聲請のうえ發遣。なお成案の内容の詳細は不明)を援引してなお原擬のとおりに具題してきた。これに對する刑部の判斷は、盜劫の案は常に入室か不入室かを基準とし、彼に入室の行爲が認められる以上、定例どおり斬立決に處すべきであるというものであつた。そしてそのさいに巡撫所引の俞五の成案は「乾隆二十六年、未だ定例を経ざる以前に在るに係り(乾隆二十六年に條例が制定される以前の案であり)、……。査するに遠年の成案は援引比照するを准さず。該撫、現行の正條を舍き、率く未だ通行を経ざるの舊案を引くは、殊はか違例に屬せり」とされ、あまつさえ「例に違ひて成案を援引」した廉で吏部の查議に付されることとなつた。ここでは、(イ)遠年の成案である、(ロ)未だ通行(あるいは條例)を経ていない、(ハ)定例が制定される以前の案で、現行の定例と合致しない、という三つの理由が連稱されている。ただこの三つの理由が連稱されている事案は本件のほか一例あるのみである。⁽²⁴⁾ しかもこの(イ)、(ロ)、(ハ)はそれぞれその内容を異にし、(ロ)は一見するところ成案の法源そのものを否定する意味あいをもっているのに對し、(イ)は「近年の成案」、「現行の成案」であれば法源として援引を許すとのニュアンスを讀みとることができないわけではないし、⁽²⁵⁾ (ハ)であれば現行の定例と抵觸しない限りは廣く成案の援引が許されるとのニュアンスを讀みとすることも可能である。そこで先ず(イ)のケースから検討してみよう。

四

遠年の成案であることを理由として却けられているケースは以下のとおりである。

- ① 犯罪存留養親條、「察哈爾都統咨、逃遣伊魯勒圖應否留養一案」⁽²⁶⁾（嘉慶二五年直隸司說帖、援引された成案の年次は嘉慶五年——以下後段の年次は成案の年次）、② 犯罪時未老疾條、「蘇撫咨、軍犯武汝磐起解時年甫七十一案」⁽²⁷⁾（嘉慶二二年說帖、乾隆八年）、③ 強盜條、「廣東撫題、賊犯曾亞瀧拒傷事主之叔黃汝雲身死一案」⁽²⁸⁾（道光七年說帖、嘉慶六年）、④ 前揭黃老九の一案（嘉慶七年說帖、乾隆二年）、⑤ 殺死姦夫條、「山西司查、律載姪毆伯叔父母死者云々」⁽²⁹⁾（嘉慶四年說帖、乾隆二五年）、⑥ 戲殺誤殺過失殺傷人條、「伊犁將軍咨、王恩長叉取掛衣脫落棒擊何雲騎馬驚跑拉跌鄭象身死一案」⁽³⁰⁾（道光二年陝西司通行、年次不詳）、⑦ 夫毆死有罪妻妾條、「黑龍江將軍咨、滿倉擅殺冒罵伊母之妻牛氏一案」⁽³¹⁾（嘉慶二二年說帖、乾隆九年）、⑧ 奴婢毆家長條、「安撫咨、雇工刃傷家長、應擬何罪、咨請部示一案」⁽³²⁾（嘉慶三三年說帖、乾隆六年）、⑨ 毆大功以下尊長條、「陝督題、楊才聽從父命毆傷小功兄楊佐身死一案」⁽³³⁾（道光二年說帖、乾隆一九年・同三八年）、⑩ 同條、「川督題、譚元川情切救父、毆死小功兄譚元貴一案」⁽³⁴⁾（嘉慶一六年說帖、乾隆一三年）、⑪ 同條、「山東司查、例載因被尊長搶竊財物致有殺傷者云々」⁽³⁵⁾（道光一一年說帖、嘉慶二四年以前、但し年次不詳）、⑫ 父祖被毆條、「江西司准、吏部片查江西省王化一毆傷王羣珍身死、遺漏援例兩請職名一案」、同案附「刑部爲片覆事」⁽³⁶⁾（嘉慶二二年說帖、年次不詳）
- 先ず問題となるのは、ここでいわれている「遠年」とは一體どのくらいの前の年次をさすのかということである。因みにこの一二例中援引された成案の年次が分かっているものについて、それらが本件とどのくらいの年次差があるのかを示すと、①二〇年、②七三年、③二六年、④六五年、⑤三九年、⑦七二年、⑧七七年、⑨六八年・四九年、⑩六三年となり、この九例による限りでは最短で二〇年前の成案が「遠年」とされている。これらの例だけから「遠年」と「近年」の分岐點が二〇年という時點におかれていたと速断することは慎まなければならないが、成案の援引が却けられた全件數三四件

中、本件との差が一十九年以下の成案で「遠年」とされたものが見當らないことは事實である。

ところで、假りに「遠年」と「近年」の分岐點が二〇年におかれていたとしても、この二〇年を超す舊案がすべて「遠年」の成案と稱されたわけではない。他の理由、即ち右の(四)の理由でもって成案の援引が却けられた事案の中にも本案との差が二九年、三三年、三八年、五一年と二〇年以上開いているものがあり、それにもかかわらず「遠年」の成案であるとの理由は附されていない。このことは成案の法源性を否定する要件として、遠年であるかどうかということがそれほど決定的な意味をもつものではなかったことを暗示している。もちろんこのことをより積極的に論證するためには、二〇年以上前の成案であるにもかかわらずそれが判決作成の中において引用されている事案の存在が示されなければならぬ。そこでそのような事案を探してみると、例えば折齒が損骨に含まれるかどうかが問題となり、成案が援引された事案(晉撫題するところの、郝全子、趙庭科を殴り傷つけ風に因り身死せし一案)⁽³⁷⁾というのがある。それによれば、「折齒、損骨と作て論すべきや否やに至りては、特に近年の成案寥寥たるのみならず、即ち註釋諸家、亦均な未だ議及せず。惟だ成案内に乾隆五年福建省の莊佛、邱協により鋤の柄で牙齒を撞き落され、三十五日を越えて身死せし」一案というのが援引され、それに照らして折齒を以て損骨とみなすべきでないとの判斷が導かれている。道光七年から遡ること八七年前の判決である。またもう一例だけ紹介すると、四川總督題するところの、況仕誥、小功の服叔況照美を戮し傷け、並び況仕誥、小功の服弟況仕敏を戮し傷け、各身死せし一案(嘉慶七年説帖)⁽³⁸⁾というのがある。事件のあらましは、況仕誥らの祖母が病歿し祖墳の旁らに埋葬されたのだが、風水思想に凝っている況照美(および彼の命令に従った況仕敏)によってその墳墓を刨挖^{ほりぞ}されそうになり、それを阻もうとして仕誥と照美との間でもみ合いになり、刀をふりかざしてきた照美からそれを取りあげ逆に彼を傷つけ死亡せしめたというものである。本件に對して四川總督は服制にもとづいて定擬したうえで、乾隆九年廣東省の林智之の成案(母の棺掘られるに因り、總麻の服兄を殴り死し、救母の情切なるに照らして辦理するの案)を援引して減刑すべき旨の聲明を附し刑部の判斷をあおぎ、刑部も司官、律例館、堂官ともにその判斷に同意した(「既に辦過せ

し成案有り。該司亦議の照にす。……照辦すべきに似たり。批を奉じ司に交して議の照にし云々。この成案も嘉慶七年より遡ると五八年前の舊案である。(39)このように、一方で「遠年の成案」であることを理由にその適用を却けつつ、他方では五〇年以上、八〇年以上前の成案を引用して原擬を作成していることは、その成案が「遠年」であるかどうかということ在实际には成案の法源性を否定するうえで要件上の效力をもっていなかったことをものがたっている。では何故この要件は容易に破られたのであろうか。それは結局のところ、法的結論を導き出すうえで有利と思われる成案であればたとえ遠年のものであっても援引してかまわないとする實質主義的思考様式に支配されていたことに因るものといわなければならぬ。例えば母の通姦相手であることを後で知った息子が、その通姦者を刀でもって砍り傷つけ斃命せしめ、この行爲に對して「子、母の姦を捉」えた場合の專條なきため、殺死姦夫條の親屬捉姦に關する條例の「依夜無故入人家已就拘執而擅殺律、杖一百徒三年」に比附すべきか、それとも罪人拒捕條の「擅殺罪人律」(殺監候)に比附すべきかが争點となつた事案(40)において、後者の條文の適用を主張する刑部律例館が乾隆五六年、五七年の成案を援引し、そのさいに「遠年の成案に係り、定例比す可きに非ずと雖も、惟だ立論例義と相符す」と述べたり、嫌隙の生じた相手方に對して恨みをはらすため、棺に入れることなく蒲で包んで埋葬された他人の病歿した孫女の屍を掘起し、その屍體を殘毀したうで恨みを抱く相手方の田地内に擲棄した事件(41)において、刑部は江蘇巡撫と同様、無棺の屍を發掘した本件に對し「發掘他人墳塚開棺見屍」律に比附して絞監候に擬すべきと判斷し、そのさい乾隆二〇年の成案が「遠年の成案に係ると雖も、第だ立論甚だ平允爲り」として援引されていることなど、この實質主義的なものの考え方をよくものがたっている。

五

次に、遠年の成案とは別の理由、即ち(ロ)通行や條例といった正式の法源に非ざること、および(ハ)現行の定例と合致しないことを理由として却けられている成案にみてみると、それぞれ左記のとおりである。

先ず(ロ)の理由によるものとして全部で一六例ある。その中には右にみた(イ)の理由(①、④、⑨、⑪)と並稱されているものもあり、それらを除くと、

⑬徒流人又犯罪條、「黑龍江將軍咨、遣犯馬文在在配不安本分、解部轉發一案」⁽⁴²⁾、⑭徒流遷徙地方條、「烏魯木齊都統咨、廢員曹自輝到配三年、期滿請示一案」⁽⁴³⁾、⑮強占良家妻女條、「蘇撫咨、陸象賢因與季明周素無瓜葛、央媒欲聘其女大寶姑爲妻、未成云々」⁽⁴⁴⁾一案、⑯戶律鹽法條、「山東司查、程小諾因聽從逸犯劉玉隴、販私漁利、被巡役趙希有緝拏云々」⁽⁴⁵⁾一案、⑰竊盜條、「察哈爾都統咨、丹巴等行竊當舖衣服一案」⁽⁴⁶⁾、⑱親屬相盜條、「廣東撫咨、張四財勒死大功堂弟張開言一案」⁽⁴⁷⁾、⑲鬪毆及故殺人條、「晉撫題、馬善殿烙黃七子身死一案」⁽⁴⁸⁾、⑳威逼人致死條、「廣東撫題、鍾黎氏被劉亞五拐逃、致伊夫鍾亞四羞忿自盡一案」⁽⁴⁹⁾、㉑鬪毆條、「廣東撫咨、營兵鄭俊等疑賊共毆林大科身死一案」⁽⁵⁰⁾、㉒親屬相姦條、「陝督咨、閻庭桂與出嫁堂姉閻氏通姦一案」⁽⁵¹⁾、㉓奴及雇工人姦家長妻條、「東撫題、邵興拒姦、踢傷雇主潘濟亭身死一案」⁽⁵²⁾、㉔罪人拒捕條、「北撫咨、逃軍褚貴用鐵鎚拒傷差役丁成照、平復、咨請部示一案」⁽⁵³⁾、

の一二例あり、「照覆の成案有りと雖も、並ら通行定例に非ず。混行牽引するを得ず」、「該撫所引の江南現行の成案、並ら本部の通行・條例に非ず。循照辦理に未便」⁽⁵⁴⁾、「未だ通行を経ざるの舊案を率しく引くは、殊は違例に屬す」、「擬の照りに題覆するも、究ところ通行定例に非ず。まさに援して以て據と爲す應からず」、「從前の成案……亦未だ通行とならず。例に按るに援引を准さず」など、表現の方法にやや違いはあるものの、通行・條例に非ざる以上はその援引は認めないという論理で貫かれているようにみえる。

これに對して(イ)現行の定例と合致しないことを理由とするものとしては全部で一四例ある。その中で(イ)ロと並稱されているもの(④、⑪、⑴)と並稱されているもの(⑤、⑫)を除くと、

⑤老小廢疾收贖條、「直督題、謝張來挾嫌謀勒馮九兒身死一案」⁽⁵⁴⁾、⑥謀殺人條、「廣東司奏、現在纂修條例、茲查舊例內有應須修改之處云々」⁽⁵⁵⁾一案、⑦戲殺誤殺過失殺傷人條、「安徽司查、律載因戲而殺人者以鬪殺論云々」⁽⁵⁶⁾一案、⑧奴

婢毆家長條、「江西道御史奏稱、旗員將奴婢責打身死者罰俸二年云々」一案、⁽⁵⁷⁾毆大功以下尊長條、「江西撫題、嚴久榮疑賊誤傷大功兄嚴久條身死、遵駁改正一案」、⁽⁵⁸⁾子孫違反教令條、「吉林將軍咨、李得成因與田鳳財之妻劉氏通姦、拒傷氏翁田忠身死一案」、⁽⁵⁹⁾犯姦條、「直督題、段四強姦王三八歲幼女王金姐一案」、⁽⁶⁰⁾奴及雇工人姦家長妻條、「奉天司查、奴僕調姦家長之妻、未成云々」一案、⁽⁶¹⁾罪人拒捕條、「廣東撫題、謝澤古與鍾法人鄰村、常相往來、其母謝李氏見面不避云々」一案、⁽⁶²⁾斷罪不當條、「安撫奏、阜陽縣知縣李復慶等處決秋審罪囚、斬絞錯誤一案」、⁽⁶³⁾母謝李氏見面不避云々」一案、⁽⁶²⁾斷罪不當條、「安撫奏、阜陽縣知縣李復慶等處決秋審罪囚、斬絞錯誤一案」、⁽⁶³⁾の一〇例あり、「該省所引の劉虎の成案、亦定律と符さず。現に諭旨を奉じて例を含きて案を言うを得ず」、「若し現行の律例を不問に置き、而るに此の無稽の案を援す。亦部中辦事の道に非ず」、「惟うに既に定律循う可き有り。自ら例を含きて案を言うを得ず」、「該撫所引の劉輻珉の一案、未だ定例を経ざるの先に在り。まさに議を庸いること母かる應し」、「査するに李景南の案、未だ例を定めざるの先に在り。今既に專條を定有せり。自らまさに例に依りて問擬す應し」といった表現で示されている。

ところでここで指摘しておかなければならないのは、右の(四)と(五)の成案を却ける根據づけの違いについてである。前者(四)については、成案が現行法に抵觸するかどうかの實體的判斷を加えるまでもなく、ただそれが通行・條例に非ざることとを理由としてその法源性が否定されている。少なくとも右の表現方法による限りは形式的理由のみによってその法源としての効力が否定されている。斷罪引律令條の前掲條例前段の「正律正例を除くの外、凡そ成案に屬して未だ通行を経て著して定例と爲さざれば、一槩に嚴禁す」との規定を體現した理由づけであるといつてよい。これに對して(五)の場合は現行法と矛盾・抵觸する限りにおいては成案の援引を認めないという論旨であり、成案の法源性一般が否定されているわけではない。例えば右(七)の事案をみてみよう。

本件は丁澤が孟景華によつて背後から戯れ抱きつかれ、この手を振りほだいて脱れられたら力持ちであると認めてやろうと言われたので、力を込めて振りほどこうとしたがかなわず、そこで足を後方へ^①踏^②ばし^③踢^④つて勢をつけて振りほどこう

としたところ、⁽⁶⁴⁾適ま孟の腎囊にあたつて死亡せしめ、丁澤に對して戲殺と過失殺のいずれの條文を適用すべきかが争點をなしたケースである。兩條は殺傷の故意がないという點で共通し、しかるにその量刑において前者は絞監候、後者は收贖が認められるという決定的な違いがあり、裁判擔當者にとつての困難な事案の一つをなす。そして同年に起きた類似の事件（御史劉彬士奏するところの秋審戲殺絞犯……繆二、李松の二案）においては、彼らの行爲にはいづれも争鬭の形狀が認められず、また傷害の故意も認められないこと、そして従前の祝興發の成案においては演武者が金刃をもつて演武の最中に相手方を致死せしめた場合ですら過失殺によつて處斷されていることを理由として、過失殺人律に擬すべきことを御史上奏し、皇帝もその問擬を裁可した。これに對して本件では、安徽清吏司は、戲殺はその律註にあるように人を殺すに足りる事を戲れに行ふことで、拳・棒の技を比べあうような場合がその一例にあたること、耳目の及ばざる所、思慮の到らざる所という要件を満たさない限り過失とは認定できないこと、過失罪の成立については要するに律註に對するいわゆる嚴格な文理解釋に徹すべきことを理由として、丁澤の行爲は戲殺に該當すると擬し、そのさいにあわせて、この解釋と抵觸する成案の援引を以後認めるべきでないとの上申をなしたのである。つまり從來戲殺・過失殺をめぐる事案においては、しばしば案情が多岐にわたるため、その取扱ひに判例にばらつきが見られる（誠案情百出多岐、律例一成不易、即如戲殺過失殺一項、従前辦過成案、亦多未能畫一）ので、いわばこの刑部の解釋の線で判例の統一をはかろうとしたものであり、「其れ従前辦過せし成案、復び援引を行ふを得ず」とあるからといって、成案の法源性一般が否定されたわけではない。この解釋に沿つた成案であれば以後も引き續き援引され得るわけで、事實、嘉慶二年直隸總督咨るところの「孟文魁、張文明と戲謔し、張文明を致傷し身死せしめし一案」⁽⁶⁵⁾においても、右の丁澤の一案（通行）とともに嘉慶一五年の石光德、同二〇年の劉承滿の兩成案が引用され、そのうえで總督の原擬が却けられている。現行法に反しない限り、つまり現行法の適用の妥當性を確認し、あるいは現行法の意味内容をより具體化する場合には成案の援引が積極的に容認されたのであり、さらに現行法なき場合（法の欠缺の事態）には成案を参照することが刑部の實務のレベルでは要請されていた（本部刑名を

辦理するに、均な律例に依りて罪を定む。新頒の律例を用うれば、則ち仍お最後の例を以て準と爲す。律例の未だ備わざる所に至りては、則ち近年の成案を詳査し、仿い照らして辦理す。若し成案無くんば始めて律に比(附)して定擬す⁽⁶⁶⁾。

さらにいえば、現行法と抵觸する場合にはその成案の援引を許さないといつても、それが現行法と抵觸するかどうかの判断は、當該の事件に對してどの法Ⅱ量刑を適用すべきか、當該の事件に該當する法の内容をどう解釋するかによって大きく分かれるのであつて、究極的には法の解釋・適用をめぐる對立に歸し、そして成案援引の適否は、その對立に對して有權的判断を下し得る立場の者の判断に委ねられることになる。このケース一四例のうち、④、⑪、⑫、⑮、⑲、⑳、㉑、㉒の七件は巡撫、總督、將軍らの援引する成案を刑部が却けた事例である。ただ成案の援引が却けられた全事例三四件中、その壓倒的部分は刑部が督撫、都統、將軍ら所引の成案を却けたもの(二四件)からなるなかで、この(イ)のケースには(イ)や(ロ)のケースと異つて、新たな立法措置を講じることによって從來の成案Ⅱ判例の取扱いを統一するという面があり、刑部自身が從來それにもとづいて處理してきた成案を新立法化、あるいは判例の統一化を契機に否定するといった場合も含まれる。㉓、㉔、㉕、㉖、㉗の五件はこの範疇に屬する。また残りの⑤、⑩は刑部部内で律例館が清吏司所引の成案を却けた事例である。

最後に(ロ)のケース、即ち成案は通行・條例に非ざるとの理由でもつてその援引が却けられている事案についてみてみよう。このケースは恰も形式的要件のみを理由として成案の法源性を否定しているかにみえる。たしかに、斷罪引律令條の前掲條例の前段において、成案の援引は一概に認めない旨の規定があり、また實際の案件でも「成案未だ通行を経ず。例に按りて、亦まさに援引す應からず」との表現が、二、三見受けられる。しかしこの條例は、前述したように成案の援引を完全に禁じていたわけではなく、刑部の査核を経て條例化することを條件として成案の援引が認められていた。そして乾隆八年になると、この條例は實質的に空文化されることとなった。即ち條例後段の「援して例と爲す可き者有らば、本内に於いて聲明して、刑部詳かに査核を加え、著して定例と爲さんことの請を附するを許す」との規定は、「嗣後如し輕重平

を失し、律例未だ協わざるの案有らば、仍ち該督撫成案を援引し、刑部詳かに察覈（さくさく）を加え、准す應き・駁す應きの處を疏内に聲明し旨を請」えばよく、「成案をもって著して定例と爲す」ことはもはや條件とされなくなった。⁽⁶⁷⁾この結果、右條例前段の規定は形骸化されてしまったといつてよい。蓋し、督撫らの援引する成案が准されるのか、それとも駁回されるのか、彼らは事前に知ることとはできないわけで、刑部による察覈の結果駁回される可能性を残しつつも、督撫らが成案を法源として援引することは廣く認められることとなったからである。そして刑部自身も、條例化することを條件としなくて済む分だけ一層自由に成案を援引し得ることとなった。例えば前掲⑧の「廣東撫咨するところの、張四財、大功の堂弟張開言を勒死せし一案」（開言が四財の家の財物を竊取し、四財によって有心に勒斃（ころもつ）された事件）において、親屬相盜條の、尊長卑幼を殺傷するの律に據るべきことを主張する刑部と、最初は同律によって問擬しつつ、その後、山東省韓奇の成案（韓奇が彼の家の牛馬を搶奪しようとした小功の堂弟の韓錦を毆傷致死せしめた事件で、罪人拒捕條の擅殺律が適用された成案）を援引して擅殺律に據つて問擬をなした廣東巡撫とで對立したさいに、刑部は巡撫所引の成案を「究ところ通行定例に非ず。まさに援して以て據と爲す應からず」と述べてそれを却けつつ、自らは自説に適合的な成案數件を援引している。いわば刑部の側では成案の援引についてフリーハンドであつたわけである。もっとも成案援引の准・駁の權が刑部にあるといつても、常に刑部の判斷が優位したわけではなく、さらに九卿會議によつて今度は刑部の判斷が却けられるといったケースもあり得た。⁽⁶⁸⁾結局のところ、成案の援引が認められるかどうかは最終的な有權的解釋者たる皇帝の判斷に委ねられたのである。

要するに、成案の法源性一般の否定を意味するかにみえる④のケースにおいても、前述の①②において見たのと同様、當該の案件に對する適用條文・量刑をめぐる督撫らと刑部との間で對立があるときに、より高位の有權解釋的地位にある側の者によつて相手方の成案の援引が却けられ、そのさいの理由として前述條例の前段の文言が引き合ひに出されているにすぎない。④のケース一六例中一四例はいずれもこれに該當する。そして残る二例のうち⑨の晉撫具題にかかる馬善、黃七子を毆り烙（や）き身死（ころ）せし一案（一二歳未滿の幼孩を故殺した場合、謀殺の場合と同様に一二歳以上〓斬監候と一〇歳以下〓

斬・絞立決とで差を設けるべきかどうかが問題となつた事案）については、巡撫・刑部ともに故殺本律に照らして斬監候に處すべきことで一致しており、ただ刑部堂官に對して自らの原擬の妥當性を十分に根據づけるためであらう、從來の條例や通行の制定經過を検討し、その中で自らの原擬と異なる内容の成案（嘉慶一六年湖南省題するところの、粟癸保、七歳の幼孩を故殺せし成案、斬監候の原擬に對して皇帝は斬立決に處すべきことを命ず）が存在したので、その成案は一回限りの特旨斷罪によるものであつて「未だ著して定例と爲」つていないということを清吏司（あるいは律例館）は特に斷らなければならなかつたものと思われる。残る一例は前述の張四財が大功の堂弟張開言を殺害した事案であり、廣東巡撫と刑部とでその量刑については變わりのなかつたケースである（「該省所引の擅殺は鬪殺を以て論するの律と、小功の卑幼を毆り死せし例とは同一に絞に擬す。罪名出入に關する無し。是を以て未だ更正を経ず、擬の照りに題覆す」。もし適用條文、量刑のいずれの面においても刑部と督撫らとで完全に一致し、それにもかかわらず後者が援引する成案をただ單にそれが「究ところ通行定例に非ず」との理由で「まさに援して以て據と爲す應からず」とされているのであれば、たしかに成案の法源性を否定する根據になり得るであらう。しかし本件は先にみたように量刑の面では變わりないものの、親屬相盜條の殺傷卑幼律でもって處斷すべきか、それとも罪人拒捕條の擅殺律に據るべきか、やはり爭點をなしているわけで、自らの主張を貫くために刑部は相手方の援引する成案を却けなければならなかつたのである。

以上要するに、斷罪引律令條條例の前段の規定にあるような、成案は通行・條例とは異なるが故にその援引を認めないといった、形式的要件のみによつてその法源性を否定した事例は一例も存在しなかつたというのが筆者の結論である。むしろ目を轉じて成案が援引されているケースを見ていくならば、刑部が立論を根據づけるために成案を援引している場合の他に、督撫等の原擬が刑部によつて駁せられた後、なお原擬を成案でもって補強しようとしたり、督撫や刑部司官らの原擬に成案が参照されていない場合、たとえその原擬に異論がないときですらあえて再度にわたつて成案の検査を刑部堂官が要求したり、あるいは刑部内で堂官と司官との間で意見の一致が見られないとき、その検討を委ねられた律例館が成

案によってなお原擬どおりの處斷を認めさせようとした⁽⁷¹⁾、さらには皇帝が刑部の原擬に不滿のとき、成案を詳査させようとした⁽⁷²⁾りと、判決作成の過程で意見の對立が見られたり、なお一層の慎重な判斷がもとめられているときにしばしば成案が援引され、またそれが要求されているということが認められ、このことは法的決定作成のうえで成案が決め手となるような位置を占めていたことをものがたっている。

六

陳富美女史は沈之奇の大清律輯註その他の註釋について次のような位置づけを與えている。「清律は私的註釋を法源として、また法準則の意味を明確化するための手助けとして用いることができるのかどうか、明示的には何も規定していなかった。しかしながら、時代の推移の中で一つの明瞭な政策が發展を遂げてきたように思われる。乾隆帝の初期、清朝は明らかに、省における法的決定にさいして法源として私的註釋を用いることに寛容、もしくは默認的態度を示した。……しかしながら、次第に刑部は省の司法當局が刑部の覆審をもとめて原擬を作成するさいに輯註を引用することを批判し始めるようになった。……一八二二（道光二）年までに、全國のすべての省の當局は法的決定を下すさいに輯註に一切依據してはならないとされた。一八二二年のこの禁令が十分な効果をあげたかどうか、その評價は困難である。しかしながらその後の發展の示すところでは、清朝政府はその禁止をなにも強制しようとはしなかった。省當局が法的決定に沈の輯註を援引することに對する政策と對照的に、刑部の各清吏司と律例館は、刑部堂官に對する説帖のかたちで彼らの覆審の意見を作成するときに常に自由にそれに依據した。單に堂官によって制限されなかっただけでなく、それを引用することが積極的に奨勵されさえした⁽⁷³⁾。清代法源の一角を占めるこの註釋の代わりに成案をおきかえてみると次のようにいえるだろう。

清律は、裁判にさいしては律・條例に依るべきことをうたっていた（斷罪引律令條）が、乾隆三年御史王柯の條奏によつ

て成案を法源として用いることが明示的に禁止され、同五年の條例の中に纂入された。立法當初の意圖は成案を一回限りの判決例にとどめおき、定例化を條件とするばあいに限って例外的にのみその適用を認めるということであつたと思われる。しかしこの條例は同八年の奏准によって、刑部の駁回にあわない限りは自由に成案を援引できることになり、實質上空文化されることとなった。その後、嘉慶一六年、副都御史によって成案の濫用を制限すべき内容の上奏がなされ、その結果、現行の定例を調査のうえ定例に欠缺がある場合に成案を條例に纂入すること、定例と合致しない成案は冊を造つて事由を註明し、その原稿を即ちに銷燬すること、定例と合致しないけれどもなお査覆を必要とする成案については別冊登記し、鈐印のうえ倉庫に貯えておくことなどの措置が講じられることになった。⁽⁷⁴⁾このような措置がとられたということは、成案がそれまで法源として頻繁に用いられていたことを逆にものがたつてゐる。と同時に、この措置によって以後「部院衙門」による成案の引用が一律に禁じられたわけでもない。輯註などの私的註釋の場合と同様、刑部自身は堂官に對する説帖の中で清吏司や律例館が自由に成案を援引することができた。また成案の援引がなされていない場合に二度、三度と成案の有無の検査が堂官、さらには皇帝によって司官、律例館さらには督撫らに對して命じられることさえあつた。

ところで、法律上、公式にはその法源性が認知されなかったにもかかわらず、何故このように成案が——輯註などに比べたならばるかに大きな——役割を果たしたのであるうか。それは成案＝判例というもののもつ固有の屬性に由來する。即ち類似的の事案には類似的の法的效果をという法的安定性の要請を果たすうえでも、また法の欠缺やどの條文を適用すべきかが問題となつてゐる困難な事案に對してその解決基準を具體的に提供するうえでも決定的な役割を果たすのは判例である。それに加えて、中國の場合、成文法典主義をとりつつも演繹的推論よりも歸納的推論に頼る傾向が強かつたということも、成案への親近性の一要因をなしたと思われる。

本稿は成案の援引が却けられてゐるケースに着目してその理由の検討を試みたものである。そうしたケースの分析をと

おして成案の法源性を再確認しておくこと、これが本稿の目的であった。成案を却ける理由として、(i)それが遠年の成案であること、(ii)通行・條例に非ざること、(iii)現行の定例と抵觸することの三つがあげられていたが、この中で成案の法源性の否定に直接かわつてくるのは(ii)の理由の場合である。(i)においては、遠年の成案でなければその援引を認めるとの意味がこめられているし(また遠年の成案であっても法の適用・量刑の立論＝實體的判斷と相符するものは準則として用いられた)、(iii)の場合は法源性の問題と直接的には關係しない。何故なら、現行の定例と抵觸するものであれば成案に限らず、律や舊條例と雖もその效力は否定されるのであり(舊法に對する新法の優位)、そうであるからといって律や條例一般が法源たり得ないということにはならないからである。そして肝心の(ii)についてであるが、これも單に成案は通行や條例ではないからという形式的理由だけでその援引が却けられた事例は一例も存在しなかった。一六例中一四例は刑部と督撫その他の衙門との間で法の適用等の實體的判斷をめぐって對立がみられるとき、前者が後者の見解を否定することの一環としてその成案を却けているにすぎない。また残りの二例についても、刑部の立論と抵觸する成案であるからこそそれを却けているのであって、それが通行・條例ではないからという形式的要件を理由として却けたわけではなかった。法の形式主義的思考の稀薄な中國において、(ii)のような形式的要件が實效性を持ち得ることはあり得なかった。

註

- (1) 團藤重光『刑法綱要總論(改訂版)』四六頁。
- (2) 臨時臺灣舊慣調查會『清國行政法』(汲古書院)第一卷上、二一頁。
- (3) 同右、四〇頁。もっとも本書も成案の法源性を否定してゐるわけではなこ。
- (4) Derk Bodde and Clarence Morris, *Law in Imperial China*, Harvard University Press, 1967, p. 152.
- (5) 拙稿「清朝時代の裁判における成案の役割について——刑案匯覽をもとにして——」(『早稻田法學』第五七卷三號)、三七四頁。
- (6) 『大清歷朝實錄』嘉慶一六年九月甲辰條。なお同上論は刑案匯覽卷四、老小廢疾收贖條「直督題、謝張來挾嫌謀勒馮九兒身死一案」(四二一—四二四頁) (この頁數は成文出版社本による。以下引用頁はこれによる)、同卷三一、戲殺誤殺過

失殺傷人條、「安徽司查、律載因戲而殺人者云々」、二〇五七—二〇五九頁、同卷四四、父祖被毆條、「江西司准、吏部片查江西省王化一……一案」および「刑部爲片覆事云々」、二七九七—二七九八頁にも引用されている。

(7) 『大清律例增修統纂集成』（韋鉞・沈嘉樹重編、道光三三年浙省同文堂刊、韋鉞・沈嘉樹增修、同治四年、京都琉璃廠藏板、同、同治一〇年、京都琉璃廠藏板）凡例。因みに原文を記すと、

成案駁案、雖與律例相爲表裏、然有未經通行之案、不准引用、茲照律例館之說帖及刑案滙覽二書、擇其尤要者、悉分門採入、上格俾知、衡情斷獄、立議折中、足增學識、亦備參稽、

となっている（傍線小口、以下同）。ところが同じ『大清律例增修統纂集成』でも陶駿・陶念霖增修にかかる光緒三三年、浙省堉葉房、光緒一七年、浙省聚文堂、同年上海文淵山房、光緒二〇年の各刊本、および光緒一九年、二四年の各刊本においても、

成案與律例相爲表裏、雖未經通行之案不准引用、然其衡情斷獄、立議折衷、頗增學識、茲亦廣爲採輯、以便互證、

となっていて、前者が、成案は律例と密接不可分の關係にあるけれど通行を経ざる成案の引用は許されないとの立場を強く押し出しているのに對して、後者では、建前上は通行とされていい成案の引用は許されていないけれど、成案と律例は密接不可分の關係にあり、現實の判決作成においてきわめて參考價值の高いもの、換言すれば事實上の法源としての面

が強く押し出されている。

(8) 一九七二—一九七四頁。

(9) 『例案全集』李馥序文。

(10) 同、陳汝楫序文。

(11) 『成案彙編』周學健序文。

(12) 『駁案新編』阮葵生序文。

(13) 『刑案滙覽續編』龐鍾璐序文。

(14) 同右、李保和跋文。

(15) 例えば卷四、老小廢疾收贖條、蘇撫具題の戴七一案（道光六年說帖、四〇五—四〇六頁）において、「該省將戴七擬絞、援丁乞三仔之案」、「查本案情節、原與丁乞三仔原案不甚相符」とある丁乞三仔の案とは、實は雍正一〇年の諭旨によって既に條例とされたものである（同條、江西撫題、陳枚太一案、四〇六頁）。また卷三〇、鬪毆及故殺人條、伊犁將軍咨るところの王登岐一案（嘉慶一八年陝西司說帖、二〇一—四頁）において、「其情節與從前吳升生・荆付常・宋大漢等成案」とある宋大漢の成案とは、嘉慶五年に既に通行とされたものである（同條、奉尹咨宋大漢一案、二〇一—三頁）。

(16) ここでは、複数の成案のうち一方の成案の適用を却けたケースや、立法化をめぐる議論において一般的に従前の成案が参照され、その中で新立法措置に反する一部の成案が否定されるといったケース（例えば卷一五、劫囚條、「江西道御史奏稱云々」一一〇二—一一〇三頁）は除いている。前者の場合は別の成案が援引されており、後者の場合も成案の援引の意圖そのものは認められ、積極的に成案の援引を却けたケ

ースとは性格を異にするからである。

- (17) 卷二〇、略人略賣人條、「江西司查、律載收留迷失子女、不送官司而賣爲妻妾者云々」(乾隆五七年說帖、一四〇七頁。

- (18) 卷二五、殺死姦夫條、「河撫咨稱、查例載本夫於姦所登時殺死姦夫者云々」(嘉慶二年說帖、一七〇九頁。

- (19) 卷四二、毆期親尊長條、「湖廣司查、律載因鬪毆而誤殺旁人者云々」(道光五年說帖、二六五二頁。

- (20) 卷四六、誣告條、「貴撫題、王椿誣告主君弼毆傷李貴身死、屍遭蒸檢一案」(道光六年湖廣司說帖、二八九四頁。

- (21) その他、卷一八、盜田野穀麥條、「廣西撫題、梁秉芥竊放會誠周田水、毆死會誠周一案」(嘉慶三年說帖、一二八一頁、卷二九、鬪毆及故殺人條、「直隸司查、共毆案內餘人監斃云々」附、通行稿尾「查例載事主因賊犯黑夜偷竊云々」(嘉慶一五年通行)、一九一三頁、卷三六、威逼人致死條、「烏魯木齊都統咨、安喜法等與寧柳氏通姦敗露、致氏自盡一案」(道光六年陝西司說帖、二三〇七頁、卷四一、毆大功以下尊長條、「蘇撫咨、黃泰松聽從故父黃政美致傷大功堂兄黃泰才身死一案」(道光五年說帖)、二五六五頁、卷四九、子孫違反教令條、「江西撫咨、程廷彪呈送伊子並伊媳一併發遣一案」(嘉慶二年說帖已纂例)、三二〇二—三二〇三頁、卷五五、罪人拒捕條、「陝西司查、律載犯罪事發、官司差人追捕、殺所捕人者云々」(道光七年說帖、三五〇五—三五〇六頁なども同一のケースである。

- (22) 一二六九—一二七〇頁。なお卷二〇、略人略賣人條「盛京

刑部咨、外結徒犯劉明發拐他人婢女小春價賣一案」(道光四年奉天司說帖)、一三八七—一三八八頁も同一のケースにいると思われる。

- (23) 一〇三八—一〇三九頁。

- (24) 卷四二、毆大功以下尊長條、「山東司查、例載因被尊長搶竊財物致有殺傷者云々」(道光一一年說帖、二六四〇—二六四二頁)における「該撫所引各成案、俱係遠年、未經通行、既不得援以爲據、又係在二十四年嚴久榮通行之前、未便援照辦理」という表現も同一のケースである。

- (25) 例えば卷三三、夫毆死有罪妻妾條、「黑龍江將軍咨、滿倉擅殺冒罵伊母之妻牛氏一案」(嘉慶二年說帖、二二三四—二二三六頁)における「係遠年成案、既無從查核全招、即不得援照辦理、自應就現行例案、畫一定擬」とある表現によれば、近年・現行の成案であれば援引を許すというニュアンスがある。もっとも他方において、「該撫所引江南現行成案、並非本部通行條例、未便循照辦理」(卷一〇、鹽法條、「山東司查、程小諾因聽從逸犯劉玉璫云々」、道光一三年說帖、八〇八頁)といったケースも見られるから、近年・現行の成案ならば無條件に援引できたというわけでもない。

- (26) 卷三、三六二頁。

- (27) 卷四、四二九—四三〇頁。

- (28) 卷一三、九七六—九七七頁。

- (29) 卷二四、一六四〇—一六四一頁。

- (30) 卷三一、二〇四五—二〇四六頁。

- (31) 卷三三、二二三四—二二三六頁。

- (32) 卷三九、二四八六—二四八七頁。
- (33) 卷四一、二五六二—二五六四頁。
- (34) 卷四二、二六二〇—二六二二頁。
- (35) 卷四二、二六四〇—二六四二頁。
- (36) 卷四四、二七九七—二七九八頁。
- (37) 卷三七、保辜限期條、二三七二—二三七三頁。
- (38) 卷四一、毆大功以下尊長條、二五九七頁。
- (39) その他卷四、老小廢疾收贖條、「直督題、張富云毆傷張王氏身死一案」、四一一—四一二頁、同卷、犯罪自首條、「湖廣司查、例載在監斬絞重囚及遣軍流徒人犯云々」、四六五—四六六頁、卷七、人戶以籍爲定條、「蘇撫咨、凌廷選係屬長隨、爲子浚源・浚濤捐監云々」、六一八頁、卷二〇、略人略賣人條、「江西撫咨、廖員觀誘拐婢女唐桂香一案」、一四〇六頁、卷二一、發塚條、「直督題、張洛管與夏喜兒誼屬甥舅云」、一四四八—一四五〇頁、卷二五、殺死姦夫條、「川督咨、查例載本夫於姦所獲姦、非登時而殺云々」、一六八二—一六八六頁などいずれも二〇年以上前の舊案であるにもかかわらず援引されたケースである。
- (40) 卷二六、殺死姦夫條、「直督咨、劉五砍傷母之姦夫遲延舉身死一案」(道光五年說帖)、一七七五頁。
- (41) 卷二〇、發塚條、「蘇撫題、徐貴長等發掘朱尙名孫女屍身、殘毀圖詐一案」(嘉慶二五年說帖)、一四二二頁。
- (42) 卷三、四〇〇頁。
- (43) 卷六、五四—一五四二頁。
- (44) 卷九、七一—一七六頁。
- (45) 卷二〇、八〇七—八〇八頁。
- (46) 卷一六、一一九四—一一九五頁。
- (47) 卷一八、一二八九—一二九一頁。
- (48) 卷三〇、一九九七—一九九九頁。
- (49) 卷三三、二一五七—二一五九頁。
- (50) 卷三七、二三三五—二三三六頁。
- (51) 卷五二、三三八九—三三九一頁。
- (52) 卷五三、三三三三—三三三四頁。
- (53) 卷五五、三四六六—三四六八頁。
- (54) 卷四、四二—四二四頁。
- (55) 卷二二、一五二—一五三頁。
- (56) 卷三一、二〇五七—二〇五九頁。
- (57) 卷三九、二四六九—二四七一頁。
- (58) 卷四二、二六三八—二六四〇頁。
- (59) 卷四九、三〇九〇—三〇九四頁。
- (60) 卷五二、三三五九—三三六〇頁。
- (61) 卷五三、三三四二頁。
- (62) 卷五六、三五六四—三五六五頁。
- (63) 卷六〇、三七七三—三七七四頁。
- (64) 本件については中村茂夫『清代刑法研究』四五—四七頁に詳細な分析がある。
- (65) 卷三一、戲殺誤殺過失殺傷人條、二〇六〇頁。
- (66) 卷二三、謀殺祖父母父母條、「山西司查、例載尊長故殺卑幼案内云々」(道光二年說帖)、一五五八頁。
- (67) 『大清光緒會典事例』卷八五二、刑律斷獄、斷罪引律令

條、歷年事例。

- (68) 例えは卷五三、奴及雇工人姦家長妻條、「東撫題、邵興拒姦錫傷雇主潘澄亭身死一案」(嘉慶三年案、三三四三—三三四五頁)はその一例である。

- (69) 例えは前掲註(23)黄老九のケースはその一例である。

- (70) 例えは卷五一、偽造印信時憲書等條、「廣東司查、例載詐充各衙門差役假以差遣爲由云々」(嘉慶元年說帖、三三〇六—三三〇八頁)はその一例である。

- (71) 例えは卷五四、放火故燒人房屋條、「南撫咨、文相輔等行竊曠紹美家、因火煤未經晒燂、以致延燒事主房屋屍棺一案」(嘉慶三年說帖、三三八八頁)はその一例である。

- (72) 例えは卷二八、殺一家三人條、「按撫題、馬六槍傷劉大和身死後、割碎死屍一案」(通行已纂例、一八八六—一八八九

頁)はその一例である。

- (73) Fu-mei Chang Chen, "The Influence of Shen-chi's Chi-chu Commentary upon Ch'ing Judicial Decisions," In J. A. Cohen, R. R. Edwards and F. C. Chen, eds., *Essays on China's Legal Tradition*, Princeton University Press, 1980, pp. 205—206.

- (74) 「如有例所未備、而案應遵照者、即檢明彙齊、纂入則例、其案與例不符者、造冊註明事由、將原稿即行銷燬、若有例案不符、而稿件仍有關查覈者、著另冊登記、鈐印貯庫」(前掲『清實錄』、嘉慶一六年九月甲辰條)。

(本稿は昭和六〇年度早稻田大學特定課題研究成果の一部である。)

A STUDY OF LEADING CASES (*CHENG'AN*) IN QING CHINA'S SYSTEM OF CRIMINAL JUSTICE, FROM THE VIEWPOINT OF SOURCE OF LAW

KOGUCHI Hikota

This essay will consider the question of leading cases (*cheng'an* 成案) as a source of law in Qing dynasty criminal justice through the examination of the *Conspectus of Penal Cases* (*Xing'an Huilan* 刑案匯覽). In the Qing, the things that were recognized as the proper sources of law were the statutes (*lü* 律), the sub-statutes (*tiaoli* 條例) and the general circulars (*tongxing* 通行) among others. Leading cases, the subject of this inquiry, did not apply beyond the original judgement and were not to be quoted as a source of law, according to the official attitude of the government.

However, this rule, which prohibited the citation of leading cases when rendering judgement, in fact had no binding force. Among the 4,001 examples collected in the *Xing'an Huilan* examined in this essay, there are 465 examples where the leading case is referenced. On the other hand, there are only thirty-four examples where a reference to the leading case is rejected because of the prohibition of citation of leading cases. Moreover if we look at these thirty-four examples in view of the reasons for rejecting the leading case, they fall into three categories: A) those where the leading case was too old, B) those where the leading case was not considered to be a formal source of law, and C) those where the leading case did not conform to the existing rules.

Nevertheless, if we examine the contents of these cases in detail, we can see that the leading cases were not rejected simply by virtue of their being leading cases. On the contrary, the real reason that reference to the leading case was rejected was because within government agencies there was inconsistency concerning the recognized facts of the case and the application of the law, and because it was necessary to bring these leading cases into conformity. It was not because the leading case was categorically rejected as a source of law.